



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2010

**Praxisänderung zur Invalidenrente nach einem HWS-Trauma: erste
Gedanken zu BGE 9C₅10/2009 vom 30. August 2010**

Gächter, Thomas ; Tremp, Dania

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-47383>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Gächter, Thomas; Tremp, Dania (2010). Praxisänderung zur Invalidenrente nach einem HWS-Trauma: erste Gedanken zu BGE 9C₅10/2009 vom 30. August 2010. *Jusletter*, 11 : online.

Prof. Dr. Thomas Gächter / Dr. Dania Tresp

Praxisänderung zur Invalidenrente nach einem HWS-Trauma

Erste Gedanken zu BGE 9C_510/2009 vom 30. August 2010

Selten hat ein höchstrichterlicher Entscheid aus Luzern ein ähnliches Medienecho ausgelöst wie die Praxisänderung betreffend den IV-Rentenanspruch nach HWS-Traumata. Im vorliegenden Beitrag wird der Entscheid vorgestellt, ins Verhältnis zur bisherigen Praxis gesetzt und kritisch gewürdigt. Auch wenn damit nur erste Fragen zum künftigen Umgang von Rechtsetzung und Praxis mit der angepassten Rechtsprechung angesprochen werden können, soll die teilweise äusserst emotionale Diskussion auf eine rechtliche Ebene zurückgeführt werden.

Rechtsgebiet(e): Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag: Thomas Gächter / Dania Tresp, Praxisänderung zur Invalidenrente nach einem HWS-Trauma, in: Jusletter 27. September 2010

Inhaltsübersicht

- I. Erste öffentliche Reaktionen und Fragestellung
 1. Medienecho des Entscheids
 2. Fragestellung
- II. Der Entscheid
 1. Sachverhalt
 2. Erwägungen des Bundesgerichts
- III. Verhältnis zur bisherigen Praxis zu HWS-Traumata
 1. Bisherige Rechtsprechung
 2. Auswirkungen der Praxisänderung
- IV. Struktur der neuen Praxis
 1. Struktur der Argumentation bei somatoformen Schmerzstörungen
 2. Problematik der Praxis
 - a) Abgrenzung bei der Zumutbarkeitsbeurteilung
 - b) Auf was für einer Vermutung basiert die Praxis?
 3. Feinarbeit an der künftigen Praxis
- V. Rentenrevision
 1. De lege lata: Keine Revision i.S. von Art. 17 Abs. 2 ATSG
 2. Ausblick: 6. IVG-Revision
- VI. Weitere Herausforderungen
 1. HWS-Geschädigte sind keine Simulanten!
 2. Rückwirkungen auf Schadenregulierungen?
- VII. Fazit

I. Erste öffentliche Reaktionen und Fragestellung

1. Medienecho des Entscheids

[Rz 1] Die Praxisänderung des Bundesgerichts betreffend Invalidenrenten für Patienten mit HWS-Trauma hat ein grosses Medienecho ausgelöst. Zeitungen, Radio und Fernsehen haben in Hauptschlagzeilen über die Praxisänderung berichtet. Einige Kommentare und Überschriften fielen geradezu aggressiv aus. Es wurde beispielsweise die Ansicht vertreten, dass sich die Bundesrichter zu medizinischen Pseudoexperten machen würden, die undifferenziert medizinische Beurteilungen pauschal in Leiden mit oder ohne Krankheitswert unterteilen. Damit würde sich die Vermutung erhärten, dass es sich bei der Praxisänderung um ein abgekartetes Spiel zwischen Versicherern, Richtern und politischen Organen handle.¹ Weiter wurde moniert, dass es sich um einen politisch motivierten Entscheid handle und das Gericht die ihm von der Verfassung zugeteilte Kompetenz, nämlich die Gesetze auszulegen, bei Weitem überschritten habe.² Darüber hinaus liess der Rechtsvertreter der im konkreten Fall betroffenen Versicherten über die Medien verbreiten, dass er den vorsitzenden Bundesrichter Meyer für befangen halte, da er sich in einer wissenschaftlichen Publikation³ zum Phänomen

des HWS-Traumas in einer Art geäussert habe, die ihn als in der Sache nicht mehr unbefangen erscheinen lasse. Er werde das Urteil deshalb an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nach Strassburg weiterziehen, was dem Tages-Anzeiger sogar eine Hauptschlagzeile auf der Titelseite wert war.⁴

[Rz 2] In den Leserbriefen wurde zumeist Unverständnis über den Entscheid geäussert: «Die für die Verschärfung Verantwortlichen haben absolut keine Ahnung, was solches Leiden für einen Betroffenen bedeutet.», «Ein Urteil welches die IV und die Versicherungen freut und die Verunfallten erneut traumatisiert.»⁵ «Vordergründig mit der Invalidenversicherung (IV) befasst, ist es ein Gefälligkeitsentscheid für die private Versicherungswirtschaft (Motorhaftpflicht). Das oberste Gericht machte sich zum Vollzugsgehilfen der unglückseligen Kampagne gegen «Scheininvalidität», welche das Terrain für diesen Schandentscheid bereitet hat.»⁶ «Trotz zunehmender Evidenz aus der Schmerz- und Stressforschung, die aufzeigt, dass sich der Mensch als ein komplexeres Wesen als angenommen darstellt, basiert nun auch dieser Bundesgerichtsentscheid auf einem vereinfachenden mechanistischen Menschen- und Weltbild.»⁷

[Rz 3] Immerhin fanden sich auch andere Stellungnahmen: So führte etwa VITAL HAUSER, Neurologe und Gutachter bei der Axa-Winterthur-Versicherung, in einem Interview aus, dass es in der Schweiz elfmal mehr chronifizierte Schleudertrauma-Fälle gebe als in Frankreich. Dies lasse sich nicht medizinisch erklären, sondern nur mit dem Rechtssystem.⁸ In einem Leserbrief unterstützte sodann auch Prof. ERWIN MURER, Universität Freiburg i.Ü., die Praxisänderung und stellte klar, dass mit der geänderten Praxis den Betroffenen lediglich der Zugang zur Invalidenrente verwehrt werde, nicht auch der Anspruch auf medizinische Leistungen und Taggelder.⁹ Schliesslich nahm die Luzerner Professorin GABRIELA RIEMER-KAFKA zur Frage der allfälligen Befangenheit des vorsitzenden Bundesrichters Meyer Stellung und argumentierte, dass dieser Vorwurf einer Beschneidung der Meinungsäusserungsfreiheit und Forschungsfreiheit gleichkomme. Unabhängigkeit bedeute ja gerade, sich eine eigene Meinung bilden zu können, was zur Aufgabe des Richters gehöre.¹⁰

2. Fragestellung

[Rz 4] Die für schweizerische Verhältnisse ungewöhnliche Schärfe der Reaktionen lässt erkennen, dass sich die

¹ ULRICH BÖHNI, Facharzt für Rheumatologie, Manuelle Medizin und Interventionelle Schmerztherapie am Zentrum Zenit in Schaffhausen, im: Tages-Anzeiger, Donnerstag 16. September 2010, S. 9.

² Max Sider in: Tages-Anzeiger, Dienstag 14. September 2010, S. 3.

³ MEYER ULRICH, Das Schleudertrauma, anders betrachtet, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo Jungo Alexandra, Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S.

473 ff.

⁴ Tages-Anzeiger, Donnerstag 16. September 2010, S. 1 und 5.

⁵ Beide Tages-Anzeiger, Donnerstag 16. September 2010, S. 11.

⁶ Tages-Anzeiger, Freitag 17. September 2010, S. 15.

⁷ NZZ, Donnerstag 16. September 2010, S. 22.

⁸ Tages-Anzeiger, Freitag 17. September 2010, S. 46.

⁹ Tages-Anzeiger, Samstag 18. September 2010, S. 17.

¹⁰ Tages-Anzeiger, Freitag 17. September 2010, S. 15.

bundesgerichtliche Praxis hier in einem Bereich bewegt, der aus verschiedenen Gründen Emotionen weckt. Einerseits fühlen sich die von einem HWS-Trauma Betroffenen in ihrem Leiden verkannt, andererseits geht es aber auch um substantielle finanzielle Interessen auf Seiten der Geschädigten.

[Rz 5] Im Folgenden soll zunächst dargelegt werden, was genau Gegenstand des umstrittenen Entscheids bildete. Allein schon dies wurde nach unserer Einschätzung in der Berichterstattung nicht immer mit der notwendigen Präzision wiedergegeben (nachfolgend II.). Die neue Praxis wird sodann ins Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung gestellt (nachfolgend III.). Danach wird die Struktur der neuen Rechtsprechung, die sich an die Argumentation zur Praxis der somatoformen Schmerzstörung anlehnt, vorgestellt und gewürdigt, wobei auch auf das Verhältnis von medizinischem Befund und sozialversicherungsrechtlicher Rentenfolge eingegangen wird (nachfolgend IV.). Die Auswirkungen der Praxisänderung auf die bereits laufenden Invalidenrenten wegen HWS-Traumata werden darauf sowohl de lege lata wie auch de lege ferenda diskutiert (nachfolgend V.), bevor auf weitere Herausforderungen hingewiesen wird, die sich noch ergeben könnten (nachfolgend VI.).

II. Der Entscheid

1. Sachverhalt

[Rz 6] Die 1962 geborene Versicherte erlitt bei Auffahrunfällen im Oktober 1997 und im Dezember 2000 jeweils eine Distorsion der Halswirbelsäule. Im Februar 2002 meldete sie sich bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an. Nachdem die IV-Stelle verschiedene Abklärungen vorgenommen hatte und ein Vorbescheidverfahren durchgeführt worden war, verneinte sie mit Verfügung vom 26. Juli 2007 einen Rentenanspruch. Sie begründete den Entscheid damit, dass kein Gesundheitsschaden mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit vorliege. Hierauf erhob die Versicherte Beschwerde beim kantonalen Verwaltungsgericht. Dieses hiess die Beschwerde mit Entscheid vom 5. Mai 2009 gut und verpflichtete die Invalidenversicherung, der Versicherten vom 1. Dezember 2001 bis am 31. März 2005 eine ganze Rente und ab dem 1. April 2005 eine Viertelsrente der IV auszurichten. Gegen diesen Entscheid erhob die IV-Stelle Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht und beantragte, den Entscheid vom 5. Mai 2009 aufzuheben.

2. Erwägungen des Bundesgerichts

[Rz 7] Das Bundesgericht führt in seinen Erwägungen aus, dass praxisgemäss im Bereich der Unfallversicherung eine bei einem Unfall erlittene Verletzung im Bereich von HWS und Kopf auch ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle zu länger dauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit

beeinträchtigenden Beschwerden führen kann. Dies dann, wenn derartige Verletzungen durch ein komplexes und vielschichtiges Beschwerdebild mit eng ineinander verwobenen, einer Differenzierung kaum zugänglichen Beschwerden physischer und psychischer Natur gekennzeichnet sind. Das Gericht hält fest, dass diese Grundsätze auch für die Invalidenversicherung gelten würden, so dass aus dem Fehlen organisch nachweisbarer Befunde jedenfalls nicht direkt auf uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit geschlossen werden könne.¹¹

[Rz 8] Sodann legt das Bundesgericht die im Zusammenhang mit Schmerzleiden entwickelte Rechtsprechung dar.¹² Bei Schmerzleiden muss in jedem Einzelfall eine Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit unabhängig von der Diagnose und grundsätzlich unabhesehen der Ätiologie ausgewiesen und in ihrem Ausmass bestimmt sein. Eine fachärztlich festgestellte psychische Krankheit allein ist nicht ohne Weiteres gleichbedeutend mit dem Vorliegen einer Invalidität. Entscheidend ist die nach einem weitgehend objektivierten Massstab erfolgende Beurteilung, ob und inwiefern der versicherten Person trotz ihres Leidens die Verwertung ihrer Restarbeitsfähigkeit auf dem ihr nach ihren Fähigkeiten offen stehenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt noch sozial-praktisch zumutbar und für die Gesellschaft tragbar ist. Hinsichtlich somatoformer Schmerzstörungen verlangt diese Rechtsprechung, dass Schmerzangaben durch damit korrelierende, fachärztlich schlüssig feststellbare Befunde hinreichend erklärbar sind, wobei solche Leiden in der Regel keine lang dauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu bewirken vermögen. Die Unzumutbarkeit einer willentlichen Leidensüberwindung und eines Wiedereinstiegs in den Arbeitsprozess setzt in solchen Fällen voraus, dass eine mitwirkende, psychisch ausgewiesene Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer vorliegt oder aber andere qualifizierte, mit gewisser Intensität und Konstanz erfüllte Kriterien existieren. Diese im Bereich der somatoformen Schmerzstörungen entwickelten Grundsätze gelangen auch bei der Würdigung des invalidisierenden Charakters von Fibromyalgien, Chronic Fatigue Syndrome oder Neurasthenie, dissoziativen Sensibilitäts- und Empfindungsstörung sowie der dissoziativen Bewegungsstörung zur Anwendung.

[Rz 9] Im Anschluss an diese Ausführungen hält das Bundesgericht fest, dass eine Distorsion der HWS sehr oft in eine chronifizierte Schmerzproblematik, dabei insbesondere in eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung mündet. Das Gericht kommt deshalb – nach einem entsprechenden Beschluss zur *Praxisänderung durch die vereinigten sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts* (Art. 23 BGG) – zum Schluss, dass die Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung sinngemäss

¹¹ E. 3.1.

¹² E. 3.2.1.

anwendbar ist, wenn sich die Frage nach der invalidisierenden Wirkung einer spezifischen und unfalladäquaten HWS-Verletzung ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle stellt.¹³

[Rz 10] Daraus folgt, dass die ärztlichen Stellungnahmen zum psychischen Gesundheitszustand und zu dem aus medizinischer Sicht (objektiv) vorhandenen Leistungspotential die unabdingbare Grundlage für die Beurteilung der Rechtsfrage bilden, ob und gegebenenfalls inwieweit einer versicherten Person unter Aufbringung allen guten Willens die Überwindung ihres Leidens und die Verwertung der ihr verbleibenden Arbeitskraft zumutbar ist. Es ist allerdings Aufgabe der rechtsanwendenden Behörde, mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob die ärztliche Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit auch invaliditätsfremde Gesichtspunkte mit berücksichtigt, welche für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung unbeachtlich sind, und ob die von den Ärzten anerkannte Arbeitsunfähigkeit auch im Lichte der für eine Unüberwindlichkeit der Schmerzsymptomatik massgebenden rechtlichen Kriterien standhält.¹⁴

[Rz 11] Bezogen auf den vorliegenden Fall führen diese Überlegungen nach Ansicht des Bundesgerichts zu folgendem Ergebnis: Die Vorinstanz hatte festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin unter typischen Beschwerden nach einem Schleudertrauma der HWS leidet. Damit ist grundsätzlich von gesundheitlichen Beeinträchtigungen auszugehen, welche geeignet sein könnten, eine zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu bewirken. Die Vorinstanz hatte es jedoch unterlassen, zu prüfen, inwieweit die in den jeweiligen Gutachten ausgewiesene Einschränkung der Arbeitsfähigkeit auch invalidenversicherungsrechtlich relevant sei. Das Urteil ist daher vom Bundesgericht an die IV-Stelle zurückgewiesen worden, sowohl zur Vornahme vorgängiger, ergänzender (medizinischer) Abklärungen als auch zur Neubeurteilung des Rentenanspruchs, dieses Mal unter Berücksichtigung der Kriterien für die Unzumutbarkeit einer willentlichen Überwindung des Leidens.¹⁵

III. Verhältnis zur bisherigen Praxis zu HWS-Traumata

1. Bisherige Rechtsprechung

[Rz 12] Damit eine versicherte Person eine Invalidenrente der *Unfallversicherung* erhält, ist es notwendig, dass einerseits zwischen dem erlittenen Unfall und der eingetretenen Gesundheitsschädigung ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang vorliegt und dass andererseits auch zwischen der Gesundheitsschädigung und der geltend gemachten

Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang existiert.

[Rz 13] Im Hinblick auf Schleudertraumata hat sich im Unfallversicherungsrecht eine besondere Praxis zur Prüfung der nötigen Kausalzusammenhänge entwickelt (Leitentscheid BGE 117 V 359). Gemäss dieser Praxis wurde ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und dem für ein Schleudertrauma typischen Beschwerdebild (diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrationsstörungen, Affektlabilität, Wesensveränderungen etc.) bejaht, sofern bei der betroffenen Person tatsächlich ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule diagnostiziert wurde. Das Vorliegen eines adäquaten Kausalzusammenhangs wurde sodann mittels der Adäquanz-Kriterien für psychische Unfallfolgen (Leitentscheid BGE 115 V 133) geprüft. Gemäss dieser Rechtsprechungspraxis werden Unfälle – ausgehend vom Unfallereignis – in drei Kategorien eingeteilt. Dabei wird der adäquate Kausalzusammenhang bei leichten Unfällen in der Regel ohne Weiteres verneint. Bei schweren Unfällen kann die Adäquanz demgegenüber meistens bejaht werden. Bei den Unfällen im mittleren Bereich werden neben dem Unfallereignis weitere, objektiv erfassbare Kriterien zur Beurteilung der Adäquanz herangezogen, z.B. besonders dramatische Begleitumstände des Unfalles, schwere oder besondere Art der Verletzungen, körperliche Dauerschmerzen, schwieriger Heilungsverlauf, ärztliche Fehlbehandlung etc. Oft entscheidend ist die Tatsache, dass bei der Adäquanzbeurteilung von Schleudertraumata physische und psychische Beschwerden berücksichtigt werden.

[Rz 14] Diese Schleudertraumapraxis wurde in den letzten Jahren wiederholt modifiziert und verschärft.¹⁶ So ist heute nötig, dass neben einer genügenden Erstabklärung auch eine eingehende medizinische Abklärung bereits in einer ersten Phase nach dem Unfall vorgenommen wird. Weiter hat das Gutachten bei gefestigter Diagnose darüber Auskunft zu geben, ob eine bestehende psychische Problematik als Teil des für solche Verletzungen typischen Beschwerdebildes zu betrachten ist oder aber ein von diesem zu trennendes, eigenständiges psychisches Leiden darstellt. Sodann wurden die zur Beurteilung des Unfallereignisses verlangten Kriterien teilweise präzisiert. Beim Kriterium der «Schwere und besondere Art der erlittenen Verletzung» wird neu verlangt, dass neben der Diagnose einer HWS-Distorsion eine besondere Schwere der für das Schleudertrauma typischen Beschwerden oder besondere Umstände, welche das Beschwerdebild beeinflussen können, gegeben sind. Hinsichtlich des Kriteriums der «ungewöhnlich langen Dauer der ärztlichen Behandlung» ist entscheidend, ob nach dem Unfall eine fortgesetzt spezifische, die versicherte Person belastende ärztliche Behandlung bis zum Fallabschluss notwendig war. Bezüglich des Kriteriums der «Dauerbeschwerden» ist erforderlich,

¹³ E. 3.2.2.

¹⁴ E. 3.3.

¹⁵ E. 4.

¹⁶ Vgl. BGE 134 V 109; Urteil 8C_95/2008 vom 10. September 2008; Urteil 8C_106/2009 vom 8. Juni 2009.

dass es sich um ohne wesentlichen Unterbruch bestehende erhebliche Beschwerden handelt. Was schliesslich das Kriterium «Grad und Dauer der Arbeitsunfähigkeit» anbelangt, so ist nicht mehr die Dauer der Arbeitsunfähigkeit massgebend, sondern das Vorliegen einer erheblichen Arbeitsunfähigkeit, welche zu überwinden die versicherte Person ernsthafte Anstrengungen unternimmt. Konkret muss der Wille erkennbar sein, sich durch aktive Mitwirkung rasch möglichst wieder optimal in den Arbeitsprozess einzugliedern.

[Rz 15] Wurde im Zusammenhang mit einem Schleudertrauma der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und dem Gesundheitsschaden sowie zwischen dem Gesundheitsschaden und der Arbeits- respektive Erwerbsunfähigkeit gemäss der vorstehend umschriebenen Praxis bejaht, hatte die versicherte Person Anspruch auf entsprechende Rentenleistungen.

[Rz 16] Auch im Bereich der *Invalidenversicherung* bedarf es eines natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen dem Gesundheitsschaden und der Arbeits- respektive Erwerbsunfähigkeit, um Anspruch auf eine Invalidenrente zu haben. Ob ein solcher vorliegt, wurde mittels der – v.a. für die Unfallversicherung entwickelten – Schleudertraumapraxis beurteilt, wie sie vorstehend dargestellt worden ist. Aus dem Fehlen organisch nachweisbarer Befunde durfte somit auch im Bereich der Invalidenversicherung nicht direkt auf überwindbare psychische Beschwerden geschlossen werden.¹⁷

2. Auswirkungen der Praxisänderung

[Rz 17] Grundsätzlich lässt der neue Leitentscheid die soeben dargestellte Praxis unangetastet, d.h. Gegenstand des Urteils bildete nicht direkt die bisherige besondere Kausalitätspraxis für HWS-Traumata, sondern die Frage, ob einer Person, die an den Folgen einer HWS-Distorsion leidet, im Normalfall eine Erwerbstätigkeit zumutbar ist oder nicht. Ansatzpunkt der Praxisänderung war damit – wie bei den anderen Schmerzleiden, auf die Bezug genommen wird – die Frage der Zumutbarkeit.

[Rz 18] Was genau einer Person in einer bestimmten Situation zugemutet werden kann, bildet eine Rechts- bzw. Wertungsfrage, zu deren Beantwortung die medizinische Begutachtung lediglich das tatsächliche Fundament beisteuert. Die Beantwortung wiederum liegt in der *Zuständigkeit der rechtsanwendenden Behörden und Gerichte*. Trotz aller Schwierigkeiten, die sich bei der scharfen Unterscheidung von medizinischer Grundlage und juristisch zu bewertender Zumutbarkeit ergeben (siehe hinten IV.2.a.) bedeutet dies einen Wechsel in der Optik: Nicht mehr der medizinische Befund, dass das typische Beschwerdebild eines Schleuder-

traumas vorliegt, sondern die juristische Bewertung dieses medizinischen Zustands rückt in den Vordergrund.

[Rz 19] Dies mag auch erklären, weshalb in den ersten Reaktionen auf den Entscheid vorgebracht wurde, die urteilenden Juristen würden sich zu medizinischen Pseudoexperten aufschwingen und sich in Fragen einmischen, von denen sie nichts verstünden.¹⁸ Gerade der medizinische Befund wird jedoch nicht angezweifelt, sondern lediglich die juristische Frage, ob aufgrund einer entsprechenden gesundheitlichen Einschränkung Anspruch auf eine Rentenleistung besteht oder nicht, wird anders als bisher beantwortet.

[Rz 20] Wenn nun aber mit der neuen Praxis für die HWS-Traumata die Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung sinngemäss – d.h. nicht umfassend und nicht ohne noch vorzunehmende Anpassungen! (siehe hinten IV. 3) – übernommen wird, so heisst dies grundsätzlich, dass ohne das Vorliegen weiterer Umstände, welche die Unzumutbarkeit zu begründen vermögen, keine Invalidenrenten ausgerichtet werden.

[Rz 21] Indirekt, d.h. ohne direkten Eingriff in die bisherige HWS-Rechtsprechung, wird diese damit in weiten Teilen obsolet, da selbst bei einer zu bejahenden Kausalität zwischen HWS-Distorsion und diagnostiziertem Leiden das Letztere – für sich allein – noch keinen Anspruch auf Rentenleistungen zu begründen vermag.

IV. Struktur der neuen Praxis

[Rz 22] Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass sich die Argumentations- und Beweisstruktur durch die Anwendung der Praxis zur somatoformen Schmerzstörung im Fall von HWS-Traumata massiv verändert haben. Diese Strukturen, die nun in einem noch weiteren Bereich zur Anwendung gebracht werden sollen, sind im Folgenden kritisch zu betrachten.

1. Struktur der Argumentation bei somatoformen Schmerzstörungen

[Rz 23] Bezüglich der Ansprüche auf IV-Renten aufgrund somatoformer Schmerzstörungen¹⁹ hat das Bundesgericht eine

¹⁸ Siehe vorne Fn. 1.

¹⁹ Somatoforme Störungen, das heisst, die wiederholte Darbietung körperlicher Symptome in Verbindung mit hartnäckigen Forderungen nach medizinischen Untersuchungen trotz wiederholter negativer Ergebnisse und Versicherung der Ärzte, dass die Symptome nicht körperlich begründbar sind, werden im ICD-10 (International Classification of Diseases) in der Kategorie F45 umschrieben. Die anhaltenden somatoformen Schmerzstörungen sind eine Unterart der somatoformen Störungen und sie sind in der Kategorie F45.4 zu finden. Die Definition lautet folgendermassen: «Die vorherrschende Beschwerde ist ein andauernder, schwerer und quälender Schmerz, der durch einen physiologischen Prozess oder eine körperliche Störung nicht hinreichend erklärt werden kann. Er tritt in Verbindung mit emotionalen Konflikten oder psychosozialen Belastungen auf, denen die

¹⁷ Siehe z.B. Urteil 8C_437/2008 des Bundesgerichts vom 30. Juli 2009, E. 6.3.

spezielle Praxis entwickelt. Es anerkennt, dass somatoforme Schmerzstörungen unter bestimmten Umständen eine Arbeitsunfähigkeit verursachen können. Allerdings genügen in Anbetracht der sich mit Bezug auf Schmerzen naturgemäss ergebenden Beweisschwierigkeiten die subjektiven Schmerzangaben der versicherten Person für die Begründung einer Invalidität allein nicht. Es braucht zusätzlich mit den Schmerzangaben korrelierende, fachärztlich schlüssig feststellbare Befunde, welche die Schmerzen hinreichend erklären. Kurz gesagt ist das Vorliegen eines fachärztlich ausgewiesenen psychischen Leidens mit Krankheitswert – darunter ist z.B. eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung zu verstehen – Voraussetzung, aber nicht ausreichende Basis für die Annahme einer invalidisierenden Einschränkung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit. Grundsätzlich vermag nämlich eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung keine lang dauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu bewirken. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ergibt sich nur dann, wenn die somatoforme Schmerzstörung nach Einschätzung des Arztes eine derartige Schwere aufweist, dass der versicherten Person die Verwertung der ihr verbleibenden Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt bei objektiver Betrachtung – und unter Ausschluss von Einschränkungen der Leistungsfähigkeit, die auf aggravatorisches Verhalten zurückzuführen sind – sozialpraktisch nicht mehr zumutbar oder dies für die Gesellschaft gar untragbar ist.²⁰

[Rz 24] Eine Unzumutbarkeit der willentlichen Schmerzüberwindung und des Wiedereinstiegs in den Arbeitsprozess ist nur in Ausnahmefällen anzunehmen, welche anhand der so genannten «Foerster-Kriterien» beurteilt werden. Es sind dies einerseits Fälle, in denen eine mitwirkende, psychisch ausgewiesene Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer vorliegt. Andererseits kann die Unzumutbarkeit auch gegeben sein, wenn andere, qualifizierte, mit gewisser Intensität und Konstanz erfüllte Kriterien gegeben sind, wie:

- chronische körperliche Begleiterkrankungen und ein mehrjähriger Krankheitsverlauf bei unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerfristige Remission,
- ein ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens,
- ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr angehbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten,

psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung, oder

- unbefriedigende Behandlungsergebnisse trotz konsequent durchgeführter ambulanter und/oder stationärer Behandlungsbemühungen (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) und gescheiterte Rehabilitationsmassnahmen bei vorhandener Motivation und Eigenanstrengung der versicherten Person.²¹

[Rz 25] Im Rahmen dieser Rechtsprechung kommt der ärztlichen Stellungnahme zur Arbeitsunfähigkeit der versicherten Person und kommen den Ausführungen zur aus medizinischer Sicht noch zumutbaren Arbeitsfähigkeit der betroffenen Person grosse Bedeutung zu. Die medizinischen Fachpersonen müssen aufzeigen, ob und inwiefern eine versicherte Person über psychische Ressourcen verfügt, die es ihr erlauben, mit ihren Schmerzen umzugehen. Es hängt alles davon ab, ob die betroffene Person, von ihrer psychischen Verfassung her besehen, objektiv die Möglichkeit hat, trotz ihrer subjektiv erlebten Schmerzen einer Arbeit nachzugehen.²²

[Rz 26] Diese ärztlichen Gutachten bilden die unentbehrliche Grundlage für die Beurteilung der Rechtsfrage, ob und gegebenenfalls inwieweit einer versicherten Person unter Aufbringung allen guten Willens die Überwindung ihrer Schmerzen und die Verwertung der ihr verbleibenden Arbeitskraft zumutbar ist. Selbstverständlich darf sich die urteilende Behörde dabei nicht über medizinische Tatsachenfeststellungen hinwegsetzen. Sie darf aber auch nicht unbesehen die ärztlichen Einschätzungen und Schlussfolgerungen zur (Rest-)Arbeitsfähigkeit übernehmen. Die Behörde muss vielmehr mit besonderer Sorgfalt prüfen, ob die ärztliche Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit auch invaliditätsfremde Gesichtspunkte mit berücksichtigt (z.B. psychosoziale und soziokulturelle Belastungsfaktoren), die vom sozialversicherungsrechtlichen Standpunkt aus unbeachtlich sind, und ob die von den Ärzten attestierte Arbeitsunfähigkeit den für die Unüberwindlichkeit der Schmerzsymptomatik massgebenden rechtlichen Kriterien standhält.²³

[Rz 27] Strukturell verhält es sich damit bei Rentenentscheiden im Zusammenhang mit somatoformen Schmerzstörungen wie folgt: *Liegt eine solche Schmerzstörung vor, so ist vermutungsweise davon auszugehen, dass einer betroffenen Person die (Wieder-)Aufnahme einer Tätigkeit zumutbar ist. Diese Vermutung lässt sich jedoch anhand verschiedener Kriterien widerlegen (Foerster-Kriterien), wenn nämlich aufgrund dieser Faktoren bzw. Kriterien davon ausgegangen werden muss, dass der betroffenen Person die persönlichen Ressourcen fehlen, um wieder eine Tätigkeit aufzunehmen.* Das Fundament für die letzteren Kriterien liefert wiederum

Hauptrolle für Beginn, Schweregrad, Exazerbation oder Aufrechterhaltung der Schmerzen zukommt. Die Folge ist meist eine beträchtlich gesteigerte persönliche oder medizinische Hilfe und Unterstützung.» Vgl. Deutsches Institut für medizinische Dokumentation und Information, ICD-10-GM Version 2010, abrufbar unter: <www.dimdi.de/static/de/klasse/diagnosen/icd10/htmlgm2010/block-f40-f48.htm> (20. September 2010).

²⁰ BGE 130 V 352, E. 2.2.2–2.2.3.

²¹ BGE 130 V 352, E. 2.2.3.

²² BGE 130 V 352, E. 2.2.4.

²³ BGE 130 V 352, E. 2.2.5.

die medizinische Begutachtung, die Wertung verbleibt indes bei den rechtsanwendenden Behörden.

2. Problematik der Praxis

a) Abgrenzung bei der Zumutbarkeitsbeurteilung

[Rz 28] Ein Hauptproblem der geschilderten Praxis liegt darin begründet, dass sowohl Mediziner als auch Juristen für die Beurteilung von Teilaspekten der letztlich massgeblichen Zumutbarkeit zuständig sind. Diese beiden Zumutbarkeitsbeurteilungen können unterschiedlich ausfallen, da in der Medizin das biopsychosoziale Krankheitsmodell im Vordergrund steht, während das Sozialversicherungsrecht – zumindest im Bereich der Anspruchsvoraussetzungen für Invalidenrenten – auf einem biopsychischen Krankheitsverständnis beruht.²⁴ Während in der Medizin soziale Belastungsfaktoren wie Scheidung, persönliche Schicksalsschläge, Immigrationsituation etc. bei der Zumutbarkeits-Beurteilung beachtet werden, spielen sie im Rahmen der Rechtsprechung bei der Abklärung der möglichen juristischen Zumutbarkeit keine Rolle.²⁵

[Rz 29] Die Feststellung des Gesundheitsschadens an sich sowie auch die Prognose, die sich daraus ergibt, ist eine Tatfrage, welche von der zuständigen medizinischen Fachperson zu beantworten ist. Ebenfalls eine von ihr zu beurteilende Tatfrage ist das Ausmass des noch vorhandenen funktionellen Leistungsvermögens und – gerade bei somatoformen Schmerzstörungen sehr wichtig – das Vorhandensein und die Verfügbarkeit von Ressourcen der betroffenen Person.²⁶ Schliesslich hat ein Mediziner zur Tatfrage Stellung zu nehmen, ob eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt. In dieser Beurteilung ist auch der Aspekt der zumutbaren Arbeit enthalten.²⁷ Somit wird bei der medizinischen Prüfung der Arbeitsfähigkeit die

Zumutbarkeit der Arbeit aus medizinischer Sicht bewertet. Sobald jedoch die Zumutbarkeit einer Arbeitsleistung aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung beurteilt wird, handelt es sich wieder um eine Rechtsfrage und somit um die Bewertung der juristischen Zumutbarkeit einer Arbeit.²⁸

[Rz 30] Die Medizin hat sich im Rahmen ihrer Beurteilung nicht dazu zu äussern, ob das Mass der juristisch verlangten Zumutbarkeit angemessen, richtig oder falsch ist. Die Anwendung der bereits erwähnten «Foerster-Kriterien» hilft den medizinischen Gutachterinnen und Gutachtern daher bei der Erstellung eines systematisierten Gutachtens, welches der Rechtsanwender nachvollziehen kann und das zu einer rechtsgleichen Behandlung von Patienten mit den gleichen Krankheiten führt.²⁹ Unbestritten ist, dass mit der evidenzbasierten Medizin (Forschungsergebnisse und Berufserfahrung) oft nicht bewiesen wird, dass eine bestimmte Symptomatik willentlich überwunden werden könnte. Das ist eine normative Annahme und nicht eine medizinische Aussage.³⁰

[Rz 31] Die beschriebene Problematik wird nun mit der Ausdehnung dieser Praxis auf die HWS-Traumata in einen weiteren Bereich übernommen, was – wie bereits mehrfach gefordert wurde³¹ – nach einer zumindest etwas klareren terminologischen oder methodischen Unterscheidung von medizinischer und juristischer Zumutbarkeitsbeurteilung ruft.

b) Auf was für einer Vermutung basiert die Praxis?

[Rz 32] Bei der vom Bundesgericht im Zusammenhang mit somatoformen Schmerzstörungen bezüglich der willentlichen Leidensüberwindung und eines Wiedereinstiegs in den Arbeitsprozess verwendeten Vermutung handelt es sich, wie URS MÜLLER kürzlich in einem Aufsatz überzeugend dargelegt hat,³² um eine qualifizierte natürliche Vermutung.³³ Das Merkmal einer solchen Vermutung besteht darin, dass sie nicht nur für einen konkreten Sachverhalt gilt, sondern darüber hinaus die Funktion einer Norm übernimmt, da sie inskünftig auf weitere, gleich gelagerte Fälle zur Anwendung gelangt. Der betreffende Erfahrungssatz erreicht mithin einen solchen Abstraktionsgrad, dass er normativen Charakter hat.³⁴

[Rz 33] Die Vermutung dient der Beweiserleichterung, indem bei qualifizierten natürlichen Vermutungen davon ausgegangen wird, dass sie gerichtsnotorisch sind und aus diesem

²⁴ Das unterschiedliche Krankheitsverständnis ist darauf zurückzuführen, dass dem Sozialversicherungsrecht – wie auch anderen Rechtsgebieten – eine grundlegend andere Funktion als der Medizin zukommt. Aufgabe des Rechts ist es, einen Interessenausgleich zwischen dem haushälterischen Umgang mit öffentlichen Geldern bzw. Gelder der Versicherungsgemeinschaft und individuellen Leistungsinteressen zu finden. Das Rechtssystem – und bei dessen Umsetzung die Rechtsanwendung – entscheidet, welche objektiven Umstände (Krankheiten, wirtschaftliche Verhältnisse) und welche subjektiven Umstände (Alter, Bildung, Herkunft, Schmerzen) für die Begründung von Leistungsansprüchen ausschlaggebend sind.

²⁵ MEYER-BLASER ULRICH, Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG), in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 27 ff., S. 74 ff.; GÄCHTER THOMAS, Die Zumutbarkeit und der sozialversicherungsrechtliche Beweis, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden?, Bern 2008, S. 229 ff., S. 244. Zum bio-psycho-sozialen Krankheitsmodell und bio-psychischen Krankheitsverständnis siehe auch: JEGGER JÖRG, Die Beurteilung der medizinischen Zumutbarkeit, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden?, Bern 2008, S. 85 ff., S. 112 ff.

²⁶ Siehe hierzu und zum Folgenden: BGE 132 V 393, E. 3.1-3.3.

²⁷ Zusammenfassend GÄCHTER, S. 239 f., 244.

²⁸ GÄCHTER, S. 240.

²⁹ JEGGER, S. 100 f.

³⁰ JEGGER, S. 117.

³¹ V.a. JEGGER, S. 118 ff.

³² MÜLLER URS, Die natürliche Vermutung in der Invalidenversicherung, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 549 ff., S. 559 f. (zit.: Vermutung).

³³ Noch anderer Ansicht: GÄCHTER, S. 259 f.

³⁴ BGE 117 II 256, E. 2b; MÜLLER, Vermutung, S. 551 f.

Grund generell kein weiterer Beweis mehr notwendig ist.³⁵ Da die qualifizierte natürliche Vermutung eine Rechtsfrage darstellt, kann sie vom Bundesgericht frei überprüft werden.³⁶ Rügbar ist einzig, dass die Vermutung missachtet oder falsch angewendet worden ist oder dass der Erfahrungssatz nicht den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen entspricht.³⁷ Genau zu diesem Punkt äussert Urs MÜLLER berechtigte Kritik. Er führt aus, dass es der vorliegend besprochenen qualifizierten natürlichen Vermutung beim Erfahrungssatz an der nötigen Begründetheit fehle. Der Verweis auf die medizinische Empirie im Allgemeinen allein reiche nicht aus, da damit keine Überprüfung möglich sei.³⁸

[Rz 34] Die qualifizierte natürliche Vermutung, dass eine Arbeitsunfähigkeit bei Vorliegen einer somatoformen Schmerzstörung immer zumutbarerweise überwindbar ist, bedarf einer ausreichenden und überprüfbaren Begründung, die auch laufend neuen medizinischen Erkenntnissen anzupassen ist. Das Abstellen auf die «Foerster-Kriterien» bzw. andere Arbeiten desselben Autors allein liefert hierfür kaum die notwendige Grundlage. Es ist demnach zu wünschen, dass sowohl bei somatoformen Schmerzstörungen sowie bei vergleichbaren Leiden, d.h. nun auch bei den HWS-Traumata, die empirische Basis der Vermutung ausführlich dargelegt und in der Folge laufend überprüft wird.

3. Feinarbeit an der künftigen Praxis

[Rz 35] Die neue Rechtsprechung für HWS-Traumata trifft die Betroffenen unter Umständen besonders hart. Umso wichtiger ist es deshalb, dass die Argumentation im Hinblick auf alle nun unter die «Schmerz-Praxis» fallenden Konstellationen laufend überprüft, inhaltlich verfeinert und differenziert wird. Letzteres ist im Hinblick darauf, dass das Bundesgericht die «Schmerz-Praxis» für die HWS-Fälle nur *sinngemäss*³⁹ anwenden will, zumindest zu hoffen.

[Rz 36] In diesem Sinn sind zunächst die Annahmen, die der Rechtsprechung zu Grunde liegen, wie vorne⁴⁰ dargelegt, laufend medizinisch zu hinterfragen und bei Bedarf anzupassen. Weiter würde es sich empfehlen, von den eher heterogenen «Foerster-Kriterien» abzuweichen und zu einem Modell zu wechseln, das einheitlich für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Arbeitsleistung bei allen somatischen und psychischen Krankheiten zum Einsatz gelangen könnte.⁴¹ Ein Konsens über ein solches Modell besteht indes noch nicht.

[Rz 37] Schliesslich läuft die Argumentationsstruktur der «Schmerz-Praxis» in der Tendenz auf Alles-oder-nichts-

Lösungen hinaus, d.h. Menschen, deren Leiden eigentlich nicht bestritten ist, wird entweder eine volle Erwerbstätigkeit zugemutet oder es liegen zusätzliche Faktoren vor, die dann zu einer rentenrelevanten Invalidisierung führen. Ein Modell, das nicht auf einige eher zufällige Kriterien abstellt, sondern sich konsequent an den noch vorhandenen Ressourcen einer Person orientiert, würde in der Tendenz eher zu Teilinvaliditäten und damit zu entsprechend reduzierten Renten führen, was in verschiedenen Fällen sinnvoller sein dürfte als eine vollständige Verneinung von Rentenansprüchen.

V. Rentenrevision

1. De lege lata: Keine Revision i.S. von Art. 17 Abs. 2 ATSG

[Rz 38] Gemäss Art. 17 Abs. 2 ATSG wird jede formell rechtskräftig zugesprochene Dauerleistung von Amtes wegen oder auf Gesuch hin erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben, wenn sich der ihr zugrunde liegende Sachverhalt nachträglich erheblich verändert hat. Mit Blick auf Personen, welche aufgrund einer HWS-Verletzung ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle eine IV-Rente zugesprochen erhalten haben, stellt sich nun im Nachgang zum vorliegend diskutierten Bundesgerichtsurteil die Frage, ob bereits laufende Renten auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 2 ATSG zu revidieren sind. Oder anders ausgedrückt: Verlieren jene eine Rente, die bereits eine Rente aufgrund eines HWS-Traumas beziehen?

[Rz 39] Das Bundesgericht hat diese Frage jüngst in zwei Grundsatzentscheidungen mit aller wünschbaren Klarheit verneint. Die beiden Entscheide beziehen sich zwar auf die Praxisänderung zur somatoformen Schmerzstörung, sind aber auch auf die hier besprochene Praxisänderung anwendbar. Nach dieser Rechtsprechung ist eine rechtskräftige Verfügung über eine Dauerleistung nur ausnahmsweise zu Ungunsten der versicherten Person an eine geänderte Gerichtspraxis anzupassen. Eine Ausnahme setzt zunächst voraus, dass die neue Praxis eine allgemeine Verbreitung erfährt. Darüber hinaus ist erforderlich, dass die frühere Praxis nur noch auf einige wenige Personen Anwendung findet, so dass diese als in stossender Weise privilegiert erscheinen, oder dass sich die damalige Leistungszusprechung aus Sicht der neuen Praxis schlechterdings nicht mehr vertreten lässt.⁴² Die mit BGE 130 V 352 begründete Praxis bildet keinen Grund für eine Herabsetzung oder Aufhebung einer laufenden Rente unter dem Titel der Anpassung an geänderte Umstände (BGE 135 V 201).⁴³ Darüber hinaus hat die Praxis auch zu Recht festgehalten, dass der mit der 5. IVG-Revision eingefügte Art. 7 Abs. 2 ATSG den Begriff der Erwerbsunfähigkeit inhaltlich nicht geändert hat und demnach ebenfalls

³⁵ MÜLLER, Vermutung, S. 552 f.

³⁶ Siehe BGE 132 V 393, E. 3.2 am Ende. MÜLLER, Vermutung, S. 554, m.w.H.

³⁷ MÜLLER, Vermutung, S. 554, m.w.H.

³⁸ MÜLLER, Vermutung, S. 569.

³⁹ BGE 9C_510/2009 vom 30. August 2010, E. 3.2.3.

⁴⁰ Siehe IV. 2 b.

⁴¹ Siehe etwa JEGGER, S. 121 ff.

⁴² BGE 135 V 201, E. 6.4.

⁴³ BGE 135 V 201, E. 7; bestätigt in BGE 135 V 215, E. 6.

keinen Rückkommenstitel auf frühere Rentenentscheide darstellt.⁴⁴

2. Ausblick: 6. IVG-Revision

[Rz 40] Die Brisanz der bundesgerichtlichen Praxisänderung erhöht sich jedoch für die zahlreichen Personen, die aufgrund eines HWS-Traumas bereits eine Rente beziehen, im Hinblick auf die laufende 6. IVG-Revision erheblich. In Abweichung von Art. 17 ATSG und der darauf gestützten Rechtsprechung des Bundesgerichts soll die «Revision» bereits laufender Renten, die aufgrund der aktuellen Praxis nicht mehr gesprochen würden, zulässig werden.

[Rz 41] Im Vorentwurf zur 6. IV-Revision (1. Massnahmepaket) war die Einführung einer Schlussbestimmung vorgesehen, welche die Revision bestehender Renten, auf die nach Art. 7 Abs. 2 ATSG kein Anspruch besteht, erlaubt hätte.⁴⁵ Aufgrund der eingliederungsorientierten Rentenrevision sollte die rechtliche Grundlage für die Überprüfung laufender Renten geschaffen werden. Es wurde damit gerechnet, dass bei einer konsequenten Überprüfung der laufenden Renten eine Reduktion um ca. 4'500 Renten möglich würde.⁴⁶

[Rz 42] In der Vernehmlassung wurde der Vorschlag vornehmlich kritisch aufgenommen. 50% der Vernehmlassungsteilnehmer lehnten ihn ab, 39% formulierten Vorbehalte und nur 11% waren mit der geplanten Bestimmung einverstanden.⁴⁷ Dennoch wurde die Regelung in den Gesetzesentwurf übernommen. Anders als noch im Vorentwurf ist nun in Ziff. II. lit. a der Schlussbestimmungen von der «Überprüfung der Renten, die vor dem 1. Januar 2008⁴⁸ gestützt auf eine Diagnose von organisch nicht erklärbaren Schmerzzuständen gesprochen wurden» die Rede. In Abs. 1 werden die anhaltenden somatoformen Schmerzstörungen, Fibromyalgien und ähnliche Sachverhalte ausdrücklich erwähnt. Renten, die gestützt auf eine solche Diagnose zugesprochen worden sind, sollen innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten der Änderung überprüft werden müssen. Falls die Voraussetzungen von Art. 7 ATSG nicht erfüllt sind, würde die Rente herabgesetzt oder aufgehoben, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 1 ATSG nicht erfüllt sind. In solchen Fällen hätte die Bezügerin oder der Bezüger Anspruch auf Massnahmen zur Wiedereingliederung. Werden solche

Massnahmen durchgeführt, so würde die Rente bis zum Abschluss der Massnahmen weiterhin ausgerichtet, längstens aber während zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Aufhebung oder Herabsetzung. Nicht von dieser Rentenüberprüfung betroffen sein sollen Personen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Änderung das 55. Altersjahr zurückgelegt haben oder im Zeitpunkt, in dem die Überprüfung eingeleitet wird, seit mehr als 15 Jahren eine Rente der Invalidenversicherung beziehen.⁴⁹

[Rz 43] In der Praxis würde dies bedeuten, dass die IV-Stellen, sofern keine wesentliche Änderung des Gesundheitszustands oder der erwerblichen Verhältnisse vorliegen und der Sachverhalt im Wesentlichen gleich geblieben ist, prüfen müssten, ob eine somatoforme Schmerzstörung, eine Fibromyalgie oder ein ähnlicher Sachverhalt, wie eben nun auch ein HWS-Trauma, vorliegt. Wenn tatsächlich eine solche Gesundheitsschädigung gegeben ist und nichts gegen deren Überwindbarkeit bei einer zumutbaren Willensanstrengung spricht, müsste die Rente für die Zukunft angepasst werden, wobei ein Anspruch auf Massnahmen zur Wiedereingliederung bestehen würde. Im konkreten Fall wäre der bisherige, berechtigterweise erfolgte Rentenbezug sowie die dadurch entstandene Situation zu berücksichtigen,⁵⁰ was jedoch im Wortlaut der Bestimmung keine direkte Stütze findet.

[Rz 44] Der Ständerat hat die 6. IV-Revision (1. Massnahmepaket) am 15. Juni 2010 beraten. Hinsichtlich Ziff. II. lit. a der Schlussbestimmungen wurde von einer Minderheit die Streichung beantragt oder dass eine Rentenüberprüfung entfallen soll, wenn der Rentenbezüger im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung das 50. Altersjahr zurückgelegt hat oder im Zeitpunkt, in dem die Überprüfung der Rente eingeleitet wird, seit mehr als zehn Jahren eine Rente bezieht. Beide Anträge waren chancenlos, die Mehrheit des Rates stimmte dem Entwurf des Bundesrates zu.⁵¹

[Rz 45] Sollte die Übergangsbestimmung so in Kraft treten, wie dies im Entwurf vorgesehen ist, würde dies für eine grosse Zahl von IV-Rentenbezügerinnen einen radikalen Einschnitt bedeuten. Die Formulierung im Gesetzesentwurf wäre aufgrund der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausserdem nebst den in den Übergangsbestimmungen ausdrücklich genannten Sachverhalten auch auf HWS-Traumata ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle anwendbar.

[Rz 46] In Anbetracht der Tatsache, dass Tausende von Renten entzogen oder gekürzt werden, ist die geplante Übergangsbestimmung zur 6. IV-Revision zu undifferenziert. Wenn nur Personen von einer Rentenüberprüfung ausgenommen sind, die beim Inkrafttreten der Regelung über 55 Jahre alt sind

⁴⁴ BGE 135 V 215 E. 7.

⁴⁵ Abrufbar unter: <www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1696/Vorlage.pdf> (22. September 2010).

⁴⁶ Erläuternder Bericht vom 17. Juni 2009, Invalidenversicherung – 6. IV-Revision, erstes Massnahmepaket, S. 26 f., abrufbar unter: <www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1696/Bericht.pdf> (22. September 2010).

⁴⁷ Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Entwurf der 6. Revision, erstes Massnahmepaket (Revision 6a) des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1956 über die IV, Bern Februar 2010, S. 21, abrufbar unter: <www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1696/Ergebnis.pdf> (22. September 2010).

⁴⁸ Anm. der Autoren: Inkrafttreten der 5. IV-Revision.

⁴⁹ Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) (6. IV-Revision, erstes Massnahmepaket) (Entwurf), BBl 2010 1941 ff., 1951 f.

⁵⁰ Botschaft zur 6. IV-Revision, BBl 2010 1817 ff., 1841 f.

⁵¹ Amtl. Bull. NR 2010, S. 661 ff.

oder seit über 15 Jahren eine Rente beziehen, erscheint die vorgesehene Regelung viel zu grob. Auch bei den übrigen Rentenbezügerinnen und Rentenbezügern muss angenommen werden, dass es um ihre Wiedereingliederungschancen nicht allzu gut steht, zumal sie wohl oft bereits längere Zeit nicht mehr im Erwerbsleben gestanden haben. Dieser Punkt müsste auch ausserhalb der beiden grob gewählten Kriterien (Alter über 55 Jahre, 15 Jahre Rentenbezug) berücksichtigt und gewichtet werden können.⁵² Den rechtsanwendenden Behörden müsste folglich bereits auf der Ebene der gesetzlichen Regelung ausdrücklich ein entsprechender Spielraum eingeräumt werden, um diese Aspekte mitzubetrachten. In Bezug auf die Rechtsgleichheit stellt sich zudem die Frage, ob tatsächlich ausreichende sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung der in der Übergangsbestimmung aufgezählten Gesundheitsschädigungen ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle mit anderen Gesundheitsschädigungen, bei denen organisch nachweisbare Funktionsausfälle vorliegen, gegeben sind.⁵³

VI. Weitere Herausforderungen

1. HWS-Geschädigte sind keine Simulanten!

[Rz 47] Es ist hier noch einmal ausdrücklich festzuhalten, dass Menschen mit der Diagnose somatoforme Schmerzstörung, Fibromyalgie, HWS-Verletzung ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle oder auch mit einem anderen pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebild ohne nachweisbare organische Grundlage keine Simulanten sind, was denn auch vom Bundesgericht – entgegen der öffentlichen Wahrnehmung in den Medien – nie behauptet wurde. Es ist unbestritten, dass die betroffenen Personen tatsächlich leiden. Die Rechtsprechung bezüglich der Vermutung, dass bei Vorliegen einer der vorstehend genannten Gesundheitsschädigungen eine willentliche Leidensüberwindung und ein Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess zumutbar ist, steht denn auch nicht – wie dies teilweise behauptet wird⁵⁴ – im Zeichen der Missbrauchsbekämpfung. Vielmehr hängt sie mit der Frage zusammen, welche Art von Erwerbsausfällen und Einschränkungen infolge von Gesundheitsschäden mittels Rentenleistungen entschädigt werden sollen.

⁵² Was entgegen dem Botschaftstext heute nicht ausdrücklich der Fall ist, siehe Rz. 43 a.E.

⁵³ Vgl. zum ganzen Abschnitt: GÄCHTER THOMAS, Die Unsicherheit sozialversicherungsrechtlicher Leistungen, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 217 ff., S. 227 ff. Vgl. zu dieser Thematik auch: MOSIMANN HANS-JAKOB, Leistungsanpassung zwischen Besitzstand und objektiver Richtigkeit, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 507 ff.

⁵⁴ Vgl. vorne bei Fn. 5.

[Rz 48] Dementsprechend ist zu verhindern, dass sich das entsprechende Missverständnis⁵⁵ auch in den Leistungsbe-reichen (Heilbehandlung, Integrationsleistungen, Taggel-der) einschleift, in denen die Voraussetzung des Gesundheitsschadens ebenfalls anspruchsbegründend wirkt. Auch weiterhin stehen HWS-Patientinnen und -Patienten diese Leistungen zu und gibt die bundesgerichtliche Rechtspre-chung keine Anhaltspunkte dafür, dass hier Leistungen ein-geschränkt werden können oder sollen.

[Rz 49] Die Befürchtung, dass das Leiden von HWS-Patien-tinnen und -Patienten künftig nicht mehr ernst genommen werden könnte, ist insgesamt aber nachvollziehbar. Versi-cherungen, Verwaltung und Justiz werden sorgfältig darauf bedacht sein müssen, dass in diesen Fällen alle sinnvollen Massnahmen ergriffen und alle notwendigen Leistungen zu-gesprochen werden, die zur Überwindung der teilweise sehr einschneidenden Folgen von HWS-Traumata erforderlich sind.

2. Rückwirkungen auf Schadenregulie-rungen?

[Rz 50] Es ist fraglich, ob sich der Gesetzgeber der Tragwei-te der geplanten Übergangsbestimmung zur 6. IV-Revision – nun insbesondere auch im Hinblick auf HWS-Geschädigte – bewusst ist. Die Aufhebung oder Herabsetzung einer IV-Rente hat für die versicherte Person nicht nur bezüglich der Rente der Invalidenversicherung Auswirkungen. Auch in der Unfallversicherung wird die Praxis übernommen werden. Zu-dem hängt die Invaliden-Rente der 2. Säule von der IV-Rente ab (Art. 23 BVG). Reduziert demnach die Invalidenversiche-rung die Rente oder hebt sie sie gar ganz auf, so wird auch die IV-Rente der beruflichen Vorsorge herabgesetzt oder aufgehoben.

[Rz 51] Auswirkungen hat die Rentenaufhebung oder -herab-setzung aber auch auf eine bereits durchgeführt Schaden-regulierung. Wurde die versicherte Person z.B. vor einigen Jahren Opfer eines Verkehrsunfalls, für den ein Dritter ver-antwortlich war, so standen ihr Haftpflichtansprüche gegen-über dem Dritten bzw. dessen Haftpflichtversicherung zu. Die Höhe der haftpflichtrechtlichen Ansprüche wurde sodann unter Beachtung der Invalidenrenten der Invalidenversiche-rung und der beruflichen Vorsorge bestimmt. Werden nun plötzlich sozialversicherungsrechtliche Leistungen herab-gesetzt oder aufgehoben, ohne dass sich am Ausmass des Gesundheitsschadens selber etwas geändert hätte, so wird dadurch die ganze Schadenregulierung zunichte gemacht. In welcher Weise wäre in der Folge mit der grossen Zahl der zu erwartenden Fälle umzugehen? Bei einer zeitlich zu weit zurück gehenden «Revision» von Fällen, die noch zur Gel-tungszeit der alten Praxis zu einer Berentung geführt haben,

⁵⁵ Siehe vorne bei Fn. 1.

dürften diese Streitigkeiten alle Betroffenen auf Jahre hinaus beschäftigen, zumal die Rechtslage alles andere als klar ist.

[Rz 52] Diese praktischen Bedenken sowie die bereits angeführten weiteren Einwände sollten den Gesetzgeber – konkret den Nationalrat, der das Geschäft der 6. IVG-Revision demnächst als Zweitrat behandeln wird – veranlassen, die vorgesehene Übergangsregelung nicht oder nicht ohne die notwendigen Präzisierungen zu übernehmen.

VII. Fazit

[Rz 53] Die Praxisänderung des Bundesgerichts liegt auf der Linie der Rechtsprechung der letzten sechs Jahre und weitet die restriktive Praxis zur somatoformen Schmerzstörung auf HWS-Traumata aus. Insofern war der Entscheid auch weniger überraschend, als das grosse Medienecho glauben machte. Das Bundesgericht ist seinem Ziel einer möglichst rechtsgleichen (restriktiven) Behandlung aller pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage näher gekommen.

[Rz 54] Im Interesse aller Betroffenen sollte das Bundesgericht jedoch in weiteren Entscheiden die Praxis für alle Beschwerdebilder, vor allem aber für HWS-Traumata, in der Weise klären, dass die Kriterien für die (Un-)Zumutbarkeit auf eine breitere und besser abgestützte empirische Basis gestellt und allenfalls für die einzelnen Beschwerdebilder – die ja unterschiedliche Einschränkungen hervorrufen – differenziert werden. Hoffnung weckt diesbezüglich zumindest, dass die Praxis zur somatoformen Schmerzstörung nach dem Willen der vereinigten sozialrechtlichen Abteilungen lediglich «sinngemäss» übernommen werden soll. Für entsprechende Präzisierungen bleibt damit noch Raum.

[Rz 55] Für die HWS-Patientinnen und -Patienten bedeutet die neue Praxis freilich einen äusserst gravierenden Einschnitt, da ihnen der Weg in die Invalidenrente faktisch abgeschnitten worden ist. Nicht Gegenstand des Entscheides bildete jedoch die Frage, ob es sich bei HWS-Traumata um Gesundheitsschäden handelt, die zu anderen Leistungen der Sozialversicherungen (Heilbehandlung, Integration, Taggelder) berechtigen. Vielmehr sind HWS-Traumata weiterhin als medizinische Beeinträchtigungen anerkannt. Geändert wurde lediglich die Rechtsprechung zur Frage, wie es sich mit der Zumutbarkeit der Wiederaufnahme einer Tätigkeit verhält. Bei der künftigen Entwicklung ist sorgfältig darauf zu achten, dass sich nicht etwa die Meinung festsetzt, dass HWS-Traumata keine versicherungsrechtlich relevanten Gesundheitsschäden darstellen.

[Rz 56] Im Hinblick auf die Ausweitung der «Schmerz-Rechtsprechung» auf das HWS-Trauma sollte aber vor allem auch die undifferenzierte und praktisch kaum umzusetzende Übergangsbestimmung in der laufenden 6. IVG-Revision gestrichen oder differenzierter ausgestaltet werden. Diese sieht die Überprüfung der Renten vor, die vor dem 1. Januar

2008 gestützt auf eine Diagnose von organisch nicht erklär-baren Schmerzzuständen gesprochen wurden. In praktischer wie auch in rechtlicher Hinsicht wäre die Umsetzung dieser Übergangsbestimmung – wie dargelegt⁵⁶ – äusserst problematisch.

[Rz 57] Abschliessend ist noch zur Art und Weise der Reaktionen auf diesen Leitentscheid Stellung zu nehmen: Angesichts der eminenten Interessen, die auf Seiten der Geschädigten auf dem Spiel stehen, war mit einer heftigen medialen Reaktion zu rechnen. In einer freiheitlichen Demokratie gehört auch der pointierte Austausch widerstreitender Meinungen zum notwendigen Meinungsbildungsprozess. Es spricht auch nichts dagegen, dass sich ein Geschädigtenanwalt mit allen ihm legal zur Verfügung stehenden Mitteln für die Interessen seiner Klientschaft einsetzt und etwa – wie im vorliegenden Fall – Befangenheitsgründe gegen ein Gerichtsmitglied geltend macht und entsprechende Rügen vor dem EGMR vorbringt. Erstaunlich und zugleich erschreckend war jedoch, mit welcher Bereitwilligkeit die Medien den Vorwurf der Befangenheit eines Gerichtsmitgliedes kolportierten, das sich in einem wissenschaftlichen Aufsatz in allgemeiner Weise zu einer verwandten, aber bei Weitem nicht deckungsgleichen Materie geäussert hat, was nach herrschender Lehre und Praxis keinen Befangenheitsgrund darstellt.⁵⁷ Es wurde praktisch ungefiltert in Hauptschlagzeilen suggeriert, dass im vorliegenden Fall zentrale Verfahrensrechte verletzt wurden. Eine nähere Befassung mit der Frage hätte gezeigt, dass ein Ausstandsbegehren gegen Bundesrichter Meyer abgelehnt wurde und die Praxisänderung – was noch viel wichtiger erscheint – auf der Grundlage eines vorgängig gefassten Beschlusses der vereinigten sozialrechtlichen Abteilungen, d.h. durch die Richterinnen und Richter von insgesamt zwei Gerichtsabteilungen, eingeleitet wurde. Es wäre zu wünschen, dass auflagenstarke Medien, selbst wenn einseitige Berichterstattungen eine grössere Attraktivität aufweisen mögen, künftig besser abwägen, ob sie sich derart instrumentalisieren lassen wollen.

Prof. Dr. iur. Thomas Gächter ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich und ständiger Gastprofessor an der Universität Luzern. Dr. iur. Dania Tresp, Rechtsanwältin, ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich.

⁵⁶ Vorne V. 2.

⁵⁷ Vgl. KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001, S. 194 ff., m.w.H.

* * *